Journal of Fiqh and Usul
Vol. 50, No. 3, Issue 114
Autumn 2018
DOI: 10.22067/jfu.v50i3.59193

فقه و اصول
سال پنجاهم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۴
پاییز ۱۳۹۷، ص ۱۰۴-۸۳

بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری *

مهدی شایق[1]
دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران
Email: mahdi.shayegh110@gmail.com
دکتر محمدرضا شایق
استادیار دانشگاه یزد
Email: shayegh.mr@gmail.com

چکیده

یکی از مسائل مهم و مورد ابتلا در دستگاه قضایی مسئله تعزیر و از کلیدی‌ترین مسائل در مبحث تعزیر تعیین نوع مجازات تعزیری است. برخی از فقها معتقدند طبق قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» تعیین نوع مجازات تعزیری به حاکم واگذار شده است. برخی دیگر اختیار قاضی در این قاعده را منحصر در تعیین میزان مجازات می‌دانند نه نوع آن. ادله گروه اول برخی از سنخ استشهادات لغوی و برخی دیگر استناد به روایات صریح در این باب است. برخی هم مستند به احکام وارده‌ای است که لازمه آن اختیار حاکم است. در این نوشتار ضمن نقد این ادله، دلیل روایی بر نفی وسعت اختیار حاکم در این مورد اقامه شده است. افزون بر این حتی با فرض اختیار تام حاکم مجازاتی مثل زندان با برخی از اصول و قواعد کلی مثل کمتر بودن تعزیر از حد و نیز با قاعده وزر در تغایر است.

کلیدواژه‌ها:

تعزیر، زندان، مجازات، تازیانه، حاکم.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۵/۰۷/۲۳ ؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٦/۰٤/۲۰.
۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

در کتب حدیثی شیعه به صورت مجزا و مستقل درباره تعزیر بحث نشـده و مباحـث تعزیـر در خـلال مباحث دیگر چون حدود مطرح شده است. لکن بررسی جرائم متداول بیانگر کاربرد فراوان تعزیر و اهمیت ویژه آن در این دوره است. اجرای مجازات‌های تعزیری با مشـکلات متعـدد روبـرو اسـت. برخـی از ایـن مجازات‌ها مانند زندان ممکن است عواقب ناگوار اجتماعی به دنبال داشته باشـد و اجـرای برخـی دیگـر از جهت بازدارندگی مشکلاتی ایجاد می‌کند. بر همین اساس در این نوشـتار سـعی در یـافتن نظـر اسـلام در رابطه با نوع مجازات تعزیری و نیز راهکار شریعت برای رفع نواقص احتمالی مجازات پیشنهادی است.

اما با توجه به اینکه یکی از معضلات مهم در کشور ما در سـال‌های اخیـر مسـئله زنـدان بـوده اسـت، بررسی این مسئله به صورت مجزا حائز اهمیت است. از طرفی با گسـترش روز افـزون جـرائم، قانون‌گـذار ظاهراً چاره‌ای جز استفاده از مجازات زنـدان نـدارد و از طـرف دیگـر اسـتفاده از ایـن نـوع مجـازات خـود مشکلات متعددی در پی دارد. مجازات زندان علاوه بر تحمیل هزینه‌های سنگین بـر دولـت و نیـز تربیـت تبه‌کاران حرفه‌ای، اثرات بسیار مخربی بر خانواده فرد زندانی دارد. حال بـا ایـن تفاصـیل بایـد دیـد زنـدان مصداق تعزیر است یا نه؟ وجود زندان در اسلام به صورت فی‌الجمله در بعضی جـرائم (مثـل حـبس ابـد سارق در مرتبه سوم) قطعی و مسلم است. لکن محل نزاع ثبوت زندان به عنوان تعزیر است.

سؤال اصلی این نوشتار این است که آیا حاکم طبق اطلاق روایـات تعزیـر و قاعـده «التعزیـر بمـا یـراه الحاکم» در انتخاب نوع مجازات تعزیری مخیر است یا اینکه اختیار او مربوط به مسائل دیگـر مثـل تعـداد تازیانه یا عفو مجرم است؟ علاوه بر این با فـرض اختیـار حـاکم در تعیـین نـوع مجـازات، نظـر اسـلام در خصوص زندان چیست؟ یعنی آیا قواعد عام فقه اجازه اعمال مجازات زندان را به قاضی می‌دهد یا خیـر؟ و اگر به این نتیجه رسیدیم که در مورد مجازات تعزیری باید به تازیانه اکتفا کرد، راهکار اسلام بـرای ضـعف بازدارنگی این نوع مجازات در بعضی جرائم که موجب جری شدن تبه‌کاران می‌شود چیست؟

معنای تعزیر

مهم‌ترین معنایی که برای ریشه عزر در کتب لغت ذکر شده است معنای یاری کردن است. زیرا در قرآن تنها به این معنا استعمال شده و در کتب متقدم لغت این معنا، به عنوان معنای اصلی کلمه ذکر شـده اسـت (خلیل بن احمد، ۱/ ۳۵۱؛ راغب اصفهانی، ٥۹٤) و تعزیر نوعی یاری همراه با تعظیم را می‌رساند. چراکـه باب تفعیل بنابر قول لغویان به معنای تعظیم و توقیر بوده است. همچنین ورود ایـن ریشـه بـه بـاب تفعیـل باعث پدید آمدن معنای مدامت و استمرار در معنای ریشه شده است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/ ۲۱٦).

و آنچه برای ما مهم است معنای اصطلاحی این کلمه است. و برخی چنین استدلال کرده‌اند کـه لفـظ تعزیر در لغت به معنای تأدیب بوده است و تأدیب شامل همه این موارد می‌شود و دلیلی بـر انتقـال معنـا از تأدیب به ضرب کمتر از حد در زمان معصوم نداریم و اصل عدم انتقال است (مکارم شیرازی، ۳۲).

اما گذشته از آنکه چنین استصحابی استصحاب تقدیری است و حجیتی ندارد، مراجعه به کتب متقـدم بیانگر آن است که اساساً معنای تأدیب جزء معانی لغوی تعزیر محسوب نمی‌شود و معنای لغوی آن چیزی جز یاری کردن نیست (راغب اصفهانی، ٥٦٤؛ خلیل بن احمد، ۱/ ۳۵۱). به عبارت بهتر تأدیب چنانچه از معانی تعزیر باشد، از معانی اصطلاحی است و نه لغوی.

پژوهش‌های جدید زبان‌شناسی نیز شاهد و مؤید این مطلب است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/ ۲۱٦) این پژوهش‌ها حاکی از آن است که این کلمه در اصل به معنای یاری و کمک کـردن اسـت کـه افـزون بـر عربی، در طیفی از زبان‌های شاخه‌های کنعانی و آرامی - که ریشـه زبـان عربـی محسـوب می‌شـوند- نیـز کاربرد داشته است. در این کلمه تا اواخر سده اول هجـری قمـری انتقـال معنـایی صـورت نگرفتـه اسـت. همچنین در حدیث نبوی و تا اواخر سده اول اثری از کاربرد آن به معنای تأدیب (یا ضرب دون الحد) دیـده نمی‌شود. در منابع حدیث اهل سنت، تنها حدیثی که ادعای کـاربرد ایـن واژه در آن وجـود دارد، یعنـی «لا تعزیر فوق عشرة...» (طبرانی، ۷/ ٤۹۲) چیـزی جـز نقـل بـه معنـا از «لا یجلـد فـوق عشـرة...» (حـاکم نیشابوری، ٤/ ٤۱۰) نیست.

پژوهش مذکور بیانگر آن است که اصطلاح تعزیر در در سالهای انتقال از سده ۱ به ۲ ق پدیـد آمـده و نخستین بار توسط تابعان عراق مانند حسن بصری و عامر شعبی به کار رفته است (پاکتچی و لبانی مطلـق، ۲۰/ ۲۱٦). البته ناگفته نماند این پژوهش صرفاً معنای اصلی کلمه و زمان انتقال معنا را بررسی کرده است و برای فهم اینکه معنای اصطلاحی به وجود آمده چه بوده نیازمند بررسی و تحقیق بیشتر است.

لکن در هرصورت کاربرد متعدد جملات جایگزین لفظ تعزیر مثل عبارات «لا یجلد فوق عشـرة...» و «لیس علیه حدٌ، ولکنْ سیاط» (ابن ابی شیبة، ٥/ ٥۰٦) در قرن اول شاهد دیگری بر این نظریه است.

در اولین استعمالات و تعاریف اصطلاح تعزیر، اثری از تأدیب به معنای عام نیست. عامر شعبی (۲٤- ۱۰۳ ق) تعزیر را با عبارت «التعزیر ما بین السوط إلی الأربعین» تعریف می‌کند (همو، ٥٥۰). خلیـل بـن احمد فراهیدی (متوفی ۱۷٥ ق) نیز در معنای مصطلح تعزیر چیزی بیش از «ضرب دون الحد» (خلیل بن احمد، ۱/ ۳۵۱) بیان نمی‌کند. کسانی که می‌گویند معنای اصلی تعزیر تأدیب بوده و ضرب دون الحد نبوده است و حتی انصراف هم به ضرب دون الحد نداشته است (محقق داماد، ٤/ ۲۱۲) باید به این سؤال پاسـخ دهند که چگونه ممکن است که خلیل بن احمد -که در آن عصر می‌زیسته- هیچ اشاره‌ای به معنای اصـلی

لفظ (تأدیب) نکرده باشد و صرفاً به ضرب دون الحد اشاره کرده که نه تنها معنای لفـظ نبـوده، حتـی لفـظ انصراف به آن هم نداشته است! آیا ممکن است یک لغت دان معنای رایج و متبادر عصر خود را رها کند و به معنایی اشاره کند که لفظ نه دال بر آن است و نه منصرف؟!

راغب اصفهانی هم بر خلاف برداشت رایج تأدیب را از معانی لغوی و حتی از معانی اصطلاحی تعزیر نمی‌داند. وی در بیان وجه انتقال معنا، بیان می‌دارد که: «تعزیـر بـه معنـای یـاری دادن اسـت... و (چـون) تأدیب نوعی یاری دادن است و ضرب دون الحد هم نوعی تأدیب اسـت، پـس ضـرب دون الحـد را تعزیـر نامیده‌اند»[1]. در واقع راغب چنین استدلال می‌کند که:

مقدمه اول: ضرب دون الحد نوعی تأدیب است.

مقدمه دوم: و هر تأدیبی نوعی یاری دادن است (چراکه به مجرم کمک می‌شود تا از گناه دوری کند.)

مقدمه سوم: و یاری دادن همان تعزیر است.

نتیجه: ضرب دون الحد تعزیر است.

بنابراین باید گفت اولاً راغب نگفته «تعزیر تأدیب است» تا بگوییم تأدیب را از معـانی تعزیـر دانسـته، بلکه عکس آن را گفته است؛ یعنی گفته «تأدیب نوعی تعزیر و یاری دادن است». ثانیاً اینکه راغب می‌گوید تأدیب یاری دادن است صرفاً با یک ریزبینی عقلی و شاید با مسامحه قابل قبول است والا هیچ عرف و اهل زبانی تأدیب را یاری دادن نمی‌داند. ثالثا اصلاً راغب در مقام بیان معنای لفظ نیسـت بلکـه او صـرفاً وجـه انتقال معنا را حدس زده است. براستی اگر در زمان وی تعزیر به معنای تأدیب بود نیاز به این همه اسـتدلال نبود و مستقیماً می‌گفت تعزیر تأدیب است.

بنابر این راغب اصفهانی معنای لغوی تعزیر را یاری دادن همراه با تعظیم و معنای اصطلاحی را همـان ضرب دون الحد بیان می‌کند. و چه بسا همین طرز بیان و تعلیل راغب باعث شده عده‌ای فکر کنند تأدیـب جزء معانی اصلی و اولیه لفظ تعزیر است.

آنچه از استعمال لفظ تعزیر در روایات دیده می‌شود موردی یافت نمی‌شود که قرینه‌ای دال بر استعمال این لفظ در معنای مطلق تأدیب باشد؛ اما عکس این مطلب مصادیق فراوان دارد. به عنوان نمونه در روایتـی آمده است: «سألت أبا إبراهیم علیه‌السلام عن التعزیر قلت کم هو قال ما بین العشرة إلی العشرین» (کلینی، ۷/ ۲٤۰) یا در روایت دیگر از کتاب کافی آمده است: «قلت لأبی عبد الله ع کم التعزیـر فقـال دون الحـد قال قلت دون ثمانین قال فقال لا و لکن دون الأربعین...» (کلینی، ۷/ ۲٤۱). در این روایات علی‌رغم اینکه

---

١ ـ اَلتَّعْزِیرُ: ضربٌ دون الحدّ، و ذلک یرجع إلی الأوّل، فإنّ ذلک تأدیب، و التّأدیب نصرۀ ما لکن الأوّل نصرۀ بقمع مـا یضـره عنه، و الثَانی نصرۀ بقمعه عمّا یضره: فمن قمعته عما یضره، فقد نصرته، و علی هذا الوجه قال صلی الله علیه و آله: انصر أخاک ظالماً أو مظلوماً...

امام تعزیر را تعدادی تازیانه بیان می‌کند، اساساً سؤال راوی از کمیت است نه ماهیت. و این بیانگر ارتکاز ذهنی راوی و مردم آن عصر در تازیانه بودن تعزیر است. روایات مشابه که از قرائن مذکور در روایت معلوم است مراد از تعزیر تازیانه است آن قدر زیاد است که برشمردن آن در این مختصر ممکن نیست.

بررسی کتب فقهی متقدم اهل سنت بیان‌گر این است که لفظ تعزیر تا اواخر قرن دوم به معنای ضرب دون الحد استعمال داشته و هرکجا مجازاتی زائد بر تازیانه مراد بوده است جداگانه ذکر شده و به لفظ تعزیر تکیه نشده است. مثلاً در بیان حکم قتل خطا گفته شده «أرأیت القتل خطأ هل فیه تعزیر وحبس فی قول مالک» (مالک بن انس، ١٦/ ٤٢٠) و در پاسخ آن آمده است که: «لا علمتان أحدا یعزر فی الخطأ أو یحبس» (همان) یا ابوعبدالله شیبانی در مورد حکم لواط می‌گوید: «فانه یعزر ویودع فی السجن» (الشیبانی، ١/ ٢٨٢). و براستی اگر دلالت تعزیر بر تأدیب و زندان این قدر روشن باشد، ذکر دوباره زندان بیهوده است.

با جستجو در منابع فقهی اهل سنت تا اواخر قرن ۲ ق موردی یافت نمی‌شود که به لفظ تعزیر برای بیان مواردی چون زندان تکیه شده باشد یا به معنای مطلق تأدیب به کار رفته باشد. ابن ادریس شافعی از اولین کسانی است که تعزیر را به غیر ضرب تعمیم می‌دهد. وی خود در موارد متعدد تعزیر را به معنای خاص آن استعمال نموده است. برای مثال در مورد کافری که با بیش از چهار همسر دائم اسلام می‌آورد و حاضر به طلاق نمی‌شود می‌گوید: «حبس حتی یختار.... فإن امتنع مع الحبس أن یختار عزر وحبس أبدا حتی یختار» (شافعی، ٦/ ٣٨). با این حال در مقام توجیه مجازات زندان چنین می‌گوید: «وإذا قتل المؤمن الکافر عزر وحبس ولا یبلغ بتعزیره فی قتل ولا غیره حد ولا یبلغ بحبسه سنة ولکن حبس یبتلی به وهو ضرب من التعزیر». اما باید توجه داشت که او در مقام بیان معنای لغوی نیست؛ چراکه از ظاهر عبارت روشن است لفظ تعزیر در اینجا اعم از زندان و به معنای مطلق تأدیب استعمال نشده است بلکه در مقام قیاس و بیان وجه شرعی بودن زندان است.

اما با صرف نظر از آنچه بیان شد، این شواهد حتی اگر بر وضع هم دلالت نکند، حداقل دال بر انصراف ذهنی در آن عصر به سبب کثرت استعمال در معنای ضرب دون الحد است. و این به تنهایی برای عدم امکان تمسک به اطلاق تعزیر در روایات کافی است. شاید گفته شود در اینجا منشأ انصراف کثرت استعمال نیست، بکله کثرت وجود خارجی است و دراین صورت انصراف مانع از تمسک به اطلاق نخواهد بود. اما در پاسخ گفته می‌شود که تعدد استعمال در کتب فقهی قرن دوم و سوم و نیز ذکر آن در کتب فرهنگ لغت آن دوره (کتاب العین) کثرت استعمال است. خصوصاً اینکه کتب لغت غالباً معنای متداول در عرف را نقل می‌کنند. ثانیاً اجرای مجازات تازیانه در زمان ائمه بیشتر از مجازات‌های دیگر نبوده

است تا بگوییم منشأ تبادر کثرت و غلبه وجود خارجی است. اتفاقاً مجازات‌های دیگر خصوصـاً مجـازات زندان، هم در فقه اهل سنت (طبسی، ۷۷، ۹۱، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۳۲، ۱۳۲، ۲۱۲) و هم در حکومت‌های بنی‌امیـه و عباسیان کاربرد فراوان داشته است.

بنابراین از آنچه گذشت معلوم می‌شود لفظ تعزیر در دوران ائمه علیهم‌السلام به معنـای مطلـق تأدیـب کاربردی نداشته بلکه همه شواهد تاریخی مبنی بر آن است که ایـن لفـظ در ایـن دوران بـه معنـای تازیانـه استعمال فراوان داشته است.

حتی اگر با اغماض از این ادعا تصور کنیم معنای لغوی تعزیر همان تأدیب است؛ اینکه بگوییم معنای لغوی تعزیر تغییر نکرده است و موارد مذکور در روایات صرفاً از باب بیان مصداق و نمونه اسـت، مسـتلزم این است که تعزیر شامل هر ضربی بشود ولو اینکه بیش از حد باشد. در واقع کمتر از حد بودن قیدی است که اهل زبان بدان آگاه نبوده‌اند ولاجرم آن را از شارع آموخته‌اند و ایـن نشـان دهنـده یـک وضـع جدیـد از جانب شارع است (مدنی، ۸/ ۳۹٦). با این توصیف دیگر نمی‌توان گفت آن روایاتی که تعزیر را ضرب دون الحد نامیده در مقام بیان مصداق است، بلکه باید گفت در مقام بیان ماهیت تعزیر نزد شارع است.

قاعده التعزیر بمایراه الحاکم و ادله آن

۱. نظرات فقها

هرچند لفظ تعزیر در لسان شارع به معنای اخص استعمال شده، لکن ممکن است ادله دیگری دال بـر سعه اختیارات حاکم در مجازات مجرمین باشد. از جمله این ادله که مورد استناد واقع شـده اسـت، قاعـده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. این قاعده عیناً در روایات ذکر نشده است و در کتب فقهی هم به بیان‌هـای مختلفی مثل «التعزیر بما یراه الحاکم» (صاحب جواهر، ٤٢/ ١٦٩) و «یعزر بما یراه الامام» (مفید، ۷۷٦) و نظائر این‌ها بیان شده است. صرف نظر از اینکه در این قاعده صاحب اختیار، قاضی محکمه باشد یا ولی امر مسلمین، در بررسی این قاعده باید به این سؤال پاسخ داد که آیا در تعزیر، حاکم تنهـا در تعیـین تعـداد تازیانه اختیار دارد یا اینکه تعیین نوع مجازات هم از اختیارات حاکم است؟

برخی از فقها چون شیخ مفید (مفید، ۷۷٤) و شیخ صدوق و ابوالصلاح حلبی در سراسـر کتـب خـود هرکجا از تعزیر نام برده‌اند آن را به معنای خاص استعمال نموده‌اند. ایـن گـروه در برخـی مـوارد حتـی واژه تأدیب را هم به همین معنا استعمال نموده‌اند (ابو الصلاح حلبی، ٤١٧ و ٤٢٠؛ ابن‌بابویـه، ٤/ ٢٤؛ مفیـد، ۷۷٤، ۷۷٦، ۷۸۹). برخی دیگر چون شیخ طوسی هرچنـد در مـوارد متعـدد تعزیـر را در معنـای تازیانـه استعمال نموده است، لکن بنابر نظر ایشان اگر قاضی صلاح دید می‌تواند تعزیر را با تأدیب جـایگزین کنـد

که تأدیب شامل زندان و توبیخ هم می‌شود (طوسی، المبسوط، ۸/ ۹۷) در نگاه اول چنین رأیی با اینکه بگوییم تعزیر به معنای مطلق تأدیب است و شامل زندان و مجازات‌های دیگر می‌شود تفاوت عملی ندارد؛ چراکه در هر دو صورت زندان مشروع است و قاضی حق زندانی کردن دارد. اما مراجعه به تعاریف شیخ طوسی نسبت به تأدیب بیانگر تفاوت مهم این دو نظر است. چراکه ایشان به دقت میان تعزیر و تأدیب تفکیک می‌کند و طبق نظر ایشان تأدیب مجازاتی بی‌حد و قید نیست که صرفاً منوط به نظر حاکم باشد، بلکه مجازاتی کمتر از تعزیر است؛ همانگونه که تعزیر مجازاتی کمتر از حد است. در واقع جایگزینی تعزیر با تأدیب نوعی تخفیف از سوی حاکم است. طبق نظر شیخ طوسی چنین مجازاتی اختصاصی به حاکم ندارد و برای ولی صغیر، قیم یتیم، معلم، جد و زوج هم ثابت است (همان، ۸/ ٦۹). این نظر مؤیداتی هم از روایات دارد. مثلاً در کتاب فقه‌الرضا با تفکیک تأدیب از تعزیر، تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر و مابین ۳ تا ۱۰ ضربه تازیانه تعریف شده است (علی بن موسی (ع)، ۳۰۹). در ادامه مؤیدات بیشتری از روایات در رابطه با این نظر ذکر خواهد شد. در هر صورت طبق این نظر حاکم در مجازات‌های کوچک حق تعیین نوع و کیفیت مجازات را خواهد داشت.

لازم به ذکر است شیخ طوسی در کتاب الخلاف این نظر که زندان هم نوعی تعزیر است را به ابوحنیفه نسبت می‌دهد (طوسی، الخلاف ۵/ ۵۰۵). طبیعتاً اینکه پس از بیان آراء مذاهب مختلف امامیه و اهل سنت این نظر را تنها به ابوحنیفه نسبت می‌دهد اگر دال بر شاذ بودن آن نزد شیخ نباشد حداقل بیانگر آن است که این حرف که زندان هم تعزیر است -بر خلاف تصور شایع- نه از باب معنای لغوی، بلکه از باب اجتهاد و رأی فقهی است؛ والا اختصاص آن به ابوحنیفه بی‌معنا است.

اما در دوره‌های بعد، علامه حلی (۵/ ٤۱۱) و صاحب جواهر (٤۲/ ۹۵ و ٤۳/ ۱۷۵) تعزیر را اعم از تازیانه دانسته و به شمول آن بر زندان و توبیخ تاکید کرده‌اند. در نتیجه طبق نظر ایشان حاکم حق تعیین نوع مجازات را هم خواهد داشت. هرچند دقت در نظراتشان بیانگر آن است که در بسیاری از مواقع تعزیر را به معنای خاص استعمال کرده‌اند و این خود جای تأمل است.

اما این نظر هم آنگونه که برخی تصور کرده‌اند به معنای بی‌قید و شرط بودن اختیار نیست؛ بلکه تعزیر باید در حدود شرع باشد. به همین دلیل فقها برای تعزیر شروطی نظیر کمتر از حد بودن (محقق حلی، ٤/ ۱۵۵) و منع از مجازات مالی و جانی (علامه حلی، ۵/ ۳٤۹) ذکر کرده‌اند. باید توجه داشت شروطی که فقهای مختلف برای تعزیر بیان کرده‌اند یکسان نیست. مثلاً برخی گفته‌اند اقل تعزیر مشخص نیست ولی حد اکثر آن معلوم است. برخی دیگر هم اقل و هم اکثر را معین کرده و برخی دیگر گفته‌اند از هیچ طرف حدی ندارد (مجلسی، ٦۰).

۲. بررسی ادله لفظی

به عنوان مقدمه باید گفت روایاتی که در باب تعزیر وارد شده است به لحاظ الفاظ به چند قسم کلی تقسیم می‌شوند:

قسم اول روایاتی است که در آن نوع مجازات یعنی تازیانه ذکر شده است.

قسم دوم روایاتی است که در آن از الفاظ عامی مثل تعزیر یا تأدیب استفاده شده است.

قسم سوم روایاتی است که صرف نظر از ذکر لفظ تعزیر یا تأدیب، با عباراتی نظیر «حدا لیس له وقت»، «حدا غیر الحد»، «ذلک إلی الإمام» و «هو دون الحد» به گونه‌ای تعزیر را توضیح داده‌اند. به عبارت بهتر در این روایت تعریف شرعی تعزیر و حدود آن توسط معصوم بیان شده است.

روایات قسم اول

بی‌تردید قسم اول نمی‌تواند اثبات کننده اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات باشد؛ زیرا تازیانه بودن مجازات از قبل مفروض و معین است. بلکه در صورتی که قائل به اختیار والی شدیم باید این روایات را به گونه‌ای توجیه کنیم. اما دو قسم دیگر هر کدام می‌تواند به صورت عام یا خاص دلیلی برای اثبات این مدعا باشد.

روایات قسم دوم (ادله عام)

الف) در موارد متعددی در احادیث از لفظ تعزیر استفاده شده است. به عنوان مثال در مورد افتراء به اهل کتاب از امام صادق (ع) سؤال شده است: «هل یجلد المسلم الحد فی الافتراء علیهم» و امام در پاسخ می‌فرماید: «لا و لکن یعزّر» (کلینی، ۷/ ۲٤۰) یا در مورد توهین به دیگری امام صادق (ع) می‌فرمایند: «لا حد علیه و یعزّر» (همو، ۷/ ۲٤۱). در این روایات امام می‌فرمایند یعزر و قید دیگری را بیان نمی‌کنند. بنابراین با توجه به اینکه بسیاری از لغت دانان تعزیر را به معنای تأدیب معنی کرده‌اند، حاکم هرگونه صلاح دانست می‌تواند مجرم تأدیب کند. در واقع طبق این نظر آنچه مسلم است این است که تأدیب از معانی اصلی این کلمه است و انتقال به معنای ضرب دون الحد یا حتی انصراف به آن امری غیر معلوم است. اگر انصرافی هم باشد ناشی از کثرت وجود خارجی است که صلاحیت تقید لفظ را ندارد.

لکن این استدلال با اشکالاتی روبرو است:

اشکال اول: همانگونه که به تفصیل در بیان معنای تعزیر گفته شد، اساساً تأدیب جزء معانی لغوی این لفظ نبوده است تا بتوانیم عدم انتقال را استصحاب کنیم. و ثانیاً مفصلاً دلائل و شواهدی بر استعمال این لفظ به معنای ضرب کمتر از حد بیان شد که مجدداً تکرار نمی‌شود.

اشکال دوم: هرچند در چندین روایت لفظ تعزیر به صورت مطلق بیان شده است، اما در مقابل

روایات متظافر همراه با قرائن و الفاظی است که چیزی جز تازیانـه از تعزیـر برداشـت نمی‌شـود. حتـی در بسیاری از موارد تعداد تازیانه هم ذکر شده است و مقتضای قواعد اصولی حمل مطلق بـر مقیـد اسـت نـه بالعکس. در اینجا نمی‌توان گفت تازیانه از باب بیان مصداق است؛ چراکه امام در مقام اجرای حکم نیست که ناگزیر باشد یکی از مصادیق تعزیر را جهت اجرا بیان نماید؛ بلکه در مقام بیان حکم شـرعی اسـت کـه باید تمام مراد خود را بیان کند. ضمناً اگر بتوان در این مورد گفت مواردی که تازیانه در آن ذکر شده از بـاب ذکر مصداق است، مستلزم این است که بگوییم در تمام موارد تعارض مطلق و مقید، قید مقید از باب ذکـر مثال و نمونه است و این خلاف فهم عرف است.

ب) همچنین در مواردی در روایات اهل بیت علیهم السلام از لفظ تأدیب استفاده شده است (کلینـی، ۷/ ۲٤۲) و در شمول معنای این لفظ تردیدی نیست و لذا باید به اقتضای اطلاق این لفظ در روایات حکم به اطلاق اختیار حاکم در تأدیب مجرمین کنیم.

بر این استدلال نیز چندین اشکال وارد است:

اشکال اول: غالب این روایات، به جز دو مورد (همو، ۲۸٤) که در ادامه بررسـی خواهـد شـد؛ دارای مقیداتی در خود روایت مثل بیان نوع مجازات یا حتی تعداد تازیانه هستند که مانع از اطلاق هستند.

اشکال دوم: هرچند معنای لغوی تأدیب شمول دارد، اما بررسی روایات مختلف و کتب فقهی متقـدم بیانگر آن است که این لفظ در روایات غالباً برای مجازات‌هایی کمتـر از تعزیـر اسـتفاده شـده اسـت. ایـن استعمالات متعدد اگر کاشف از حقیقت متشرعه در آن عصر نباشد، بیانگر نوعی انصراف است. به عنـوان نمونه به موارد زیر اشاره می‌شود:

در موارد متعدد برای مجازات کودکان از لفظ تأدیب استفاده شده است. «قلت لأبـی عبـد اللـه ع فـی أدب الصبی و المملوک فقال خمسة أو ستة و اوفق.» (همو، ۷/ ۲٦۸) و نیز در روایت دیگر در کتاب وسائل الشیعه آمده است: «عن أبی عبد الله ع قال: یؤدب الصبی علی الصوم- ما بین خمس عشرة سنة إلـی سـت عشرة سنة.» (حر عاملی، ۱/ ۲۳۷).

همچنین در مورد تربیت عبد از لفظ تأدیب استفاده شده است. «عن أبی عبد اللـه علیه‌السـلام قـال: لا بأس أن یؤدب المحرم عبده ما بینه و بین عشرة أسواط.»

در کتب فقهی هم درباره مجازات کودک، مجازات همسـر بـا چـوب مسـواک (طوسـی، المبسـوط ٤/ ۳۳۸) و مواردی از این دست از لفظ تأدیب استفاده شده است. همانگونه که پیش از این نیـز ذکـر شـد، در کتاب فقه منسوب به امام رضا (ع) هم تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر و مابین ۳ تا ۱۰ ضربه تازیانه ذکر شده است (علی بن موسی (ع)، ۳۱۰).

با این تفسیر می‌توان گفت تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر است که چه بسا اختصاصی به حـاکم نـدارد بلکه ولی صغیر، مولا و حتی ناهی از منکر هم چنین اختیاری دارند که البتـه ایـن خـود می‌توانـد موضـوع پژوهشی مستقل باشد. لکن حداقل می‌توان گفت دلالت این لفظ بر مدعای مشهور مردود است (خصوصاً اینکه در غالب این روایات تازیانه بودن مجازات هم مفروض است) واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

اشکال سوم: شاید در پاسخ گفته شود با بررسی روایات دو سه مورد دیده می‌شود که لفـظ تأدیـب بـه صورت مطلق در رابطه با کبائر در گفتار معصومین علیهم‌السلام به کار رفته است. یکی در مورد آکـل ربـا (کلینی، ۷/ ۲٤۲) و دیگر درباره گروهی که مشترکا یکی را کشته‌اند و یکی از آن‌ها اعـدام شـده اسـت و در مورد مابقی قاتلین گفته شده: «ثم إن الوالی بعد یلی أدبهم و حبسهم» (همو، ۲۸٤). اما با توجه بـه شـیوع نقل به معنی نمی‌توان به این دو روایت تکیه کرد. خصوصاً اینکه در خصوص تعزیر موارد متعددی از نقل به معنی در روایات دیده می‌شود. مثلاً همانگونه که در بحث معنای لغوی گذشت یک روایـت نبـوی خـاص یکبار با عبارت «لا تعزیر فوق عشره...» و بار دیگر با عبارت «لا یجلد فـوق عشـرة...» نقـل شـده اسـت. همچنین در رابطه با قضاوت امیرالمؤمنین در مورد شخصی که به دیگری گفته بود «احتلمت بأمک» در یک روایت آمده است «سنضربه حتی لا یعود» و در روایت دیگر آمده است «ضربه ضرباً وجیعاً» و در روایـت دیگر آمده است «أؤدبه لئلا یعود». (بروجردی، ۳۰/ ۸٤۲) و واقعاً با این شیوع نقـل بـه معنـا خصوصـاً در رابطه با الفاظی مثل تأدیب که معادل‌ها و مشابه‌های متعدد دارد، چگونه می‌توان با این دقت و ریز بینـی بـه الفاظ این دو روایت استناد کرد؟

اشکال چهارم: حتی اگر فرض کنیم در روایاتی لفظ تأدیب به صورت مطلق برای مجـازات مجـرمین استعمال شده است، وجود مقیدات فراوان در سایر نصوص مانع تمسک به این اطلاق است. توضیح بیشتر آنکه در برخی از روایات گفته شده تأدیب می‌شود و نوع مجازات را معین نکرده و در برخی دیگر گفته شـده با تازیانه تأدیب می‌شود. طبعاً در مقام ورود دو حکم (موافق در جهت) مطلـق و مقیـد در موضـوع واحـد مطلق بر مقید حمل می‌گردد.

روایات قسم سوم (ادله خاص)

روایات این قسم هرچند کراراً برای اثبات عمومیت این قاعده مورد استناد واقع شده است ولـی تنهـا در صورت تقطیع می‌تواند مدعا را اثبات کند. در واقع اگر با دقت بنگریم می‌بینیم در تمام این روایات تازیانـه بودن مجازات مفروض است. برای توضیح بیشتر باید یک به یک هرکدام از این روایات را بررسی نمود.:

الف: گفته شده است در اسلام دو نوع مجازات داریم. مجازاتی که از نظر کمی و کیفی مقدر و معلـوم است و مجازاتی غیر مقدر که کم و کیف آن به حاکم تفویض شده است (مکـارم شـیرازی، ۳۸) هرچـه از

قبل تعیین شده حد است و آنچه از قبل تعیین نشده، تعزیر است. روایات مختلف هم شاهد بـر ایـن مـدعا است. در یک روایت درمورد تعزیر آمده است «حدا لیس له وقت»: حدی که اندازه‌ای برای آن نیست؛ و در روایت دیگر آمده است «حدا غیر الحد»: حدی (مجازاتی) غیر از حدود.

اما برای داوری بهتر نسبت به این ادعا باید روایات مذکور را به طور کامل بیان و سپس بررسی نمود:

– روایت اول: عن سماعة قال: «سألته عن شهود الزور قال فقال یجلدون حدا لیس له وقت و ذلک إلی الإمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الناس» (کلینی، ۷/ ۲۴۱): از امام درباره شهود زور پرسیدم و ایشان در پاسخ فرمودند: به حدی که مقدار معین ندارد تازیانه می‌خورند و آن به اختیار امام است و سپس آن‌ها را در شهر می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند.

در این روایت، هم گفته شده تعزیر مقدار معین ندارد و هم این اختیار به امام داده شده اسـت کـه ایـن مقدار را تعیین کند؛ لکن نوع مجازات با عبارت «یجلدون» کاملا معلوم اسـت. و بـا مفـروض بـودن نـوع مجازات مجالی برای تعیین آن توسط حاکم نمی‌ماند و لاجرم حاکم تنهـا در تعیـین تعـداد تازیانـه اختیـار خواهد داشت. به عبارت دیگر «ذلک الی الامام» به معنای نداشتن حد شـرعی نیسـت، بلکـه امـام تعـداد تازیانه را بر حسب گناه فرد و طاقت او تعیین می‌کند. کما اینکه در مورد حد محارب هم عین همین عبارت ذکر شده است (حر عاملی، ۲۸/ ۳۰۸) و حال آنکه حد آن معلوم است.

– روایت دوم: عن سماعة قال: «سألت أبا عبد الله ع- عن الرجل یأتی بهیمة أو شاة أو ناقة أو بقرة قال فقال علیه أن یجلد حدا غیر الحد» (همو، ۲۰۴): از امام صـادق (ع) دربـاره حکـم مـردی کـه بـا حیـوان چهارپایی یا گوسفند یا شتر ماده یا گاو ماده نزدیکی کند، سؤال کردم و ایشان در پاسخ فرمودند: باید او را به حدی غیر از حد تازیانه زنند.

در این روایت نیز نوع مجازات توسط امام معین شده است و با این قرینه معلوم می‌شود تفاوت صرفا در تعداد تازیانه است که در حد معلوم است و در تعزیر معلوم نیست.

ب: در برخی از روایات تعزیر با عبارت «دون الحد» بیـان و تعریـف شـده اسـت. (کلینـی، ۷/ ۲٤۱) غالب فقها در اینجا دون را به همان معنای متداول (مقابل فوق) معنی کرده‌اند. اما برخی دیگر «دون» را بـه معنای غیر دانسته‌اند (محقق‌داماد، ۲۱٦). همانگونه که در برخی از آیات کریمه قرآن نظیر آیه «و من الناس من یتخذ من دون الله أندادا...» (بقره: ١٦٥) و آیه «...و لا یتخذ بعضنا بعضا أوبابـا مـن دون اللـه...» (آل عمران: ٦٤) در این معنی استعمال شده است. و در نتیجه تعزیر هر مجازاتی است که غیر از حد باشد و به عبارت روشن‌تر معین نباشد.

اما در برخی از این روایات اصلا لفظ تعزیر ذکر نشده است بلکه صرفا گفته شده «جلد دون الحد» یـا

«ضرب دون الحد» (کلینی، ٧/ ١٩٩) که در این موارد نوع مجازات با الفاظ ضرب و جلد کاملاً معلوم و معین است ولذا نمی‌تواند مستمسک خوبی برای عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع باشد.

و در برخی دیگر لفظ تعزیر ذکر شده است و در توضیح تعزیر گفته شده که تعزیر دون الحد است. حال باید دید آیا در این روایات می‌توان دون را به معنای غیر ترجمه کرد؟

– **روایت اول:** عن حماد بن عثمان قال: «قلت لأبی عبد الله علیه‌السلام کم التعزیر فقال دون الحد قال قلت دون ثمانین قال فقال لا و لکن دون الأربعین فإنه حد المملوک قال قلت و کم ذلک قال قال علی قدر ما یری الوالی من ذنب الرجل و قوة بدنه.» (همو، ٢۴١).

– **روایت دوم:** عن الفضل بن إسماعیل الهاشمی عن أبیه قال: «سألت أبا عبد الله و أبا الحسن ع عن امرأة زنت فأتت بولد و أقرت عند إمام المسلمین بأنها زنت و أن ولدها ذلک من الزنی فأقیم علیها الحد و إن ذلک الولد نشأ حتی صار رجلا فافتری علیه رجل هل یجلد من افتری علیه فقال یجلد و لا یجلد فقلت کیف یجلد و لا یجلد فقال من قال له یا ولد الزنی لم یجلد إنما یعزر و هو دون الحد و من قال له: یا ابن الزانیة، جلد الحد تاما فقلت: کیف یجلد هذا هکذا؟ فقال...» (همو، ٢٠۶).

لکن چنین ترجمه‌ای از اصطلاح «دون الحد» با اشکالات متعدد روبرو است:

اولاً: چنین استدلالی مبنی بر این است که بدانیم لفظ تعزیر در این روایات به معنای مطلق تأدیب است نه تازیانه یا ضرب دون الحد؛ زیرا اگر معنای تعزیر تازیانه باشد، دون را هرطور معنا کنیم نمی‌توان گفت تعزیر شامل غیر تازیانه هم می‌شود چون خلاف فرض است و چنین چیزی حداقل محل تردید است و همین تردید برای بطلان این استدلال کافی است. و اصلاً محل نزاع همین است که تعزیر، مطلق تأدیب است یا خصوص شلاق؟ و اینکه مستدل تأدیب بودن آن را مفروض گرفته مصادره بر مطلوب است.

ثانیاً: در این روایات نیز تازیانه بودن مجازات توسط معصوم معین شده است. و حال آنکه ادعای مستدل این است که تعزیر مجازاتی است که نوع آن توسط شارع معین نشده است.

ثالثاً: چنین ترجمه‌ای مستلزم این است که بگوییم بیش از ١٠٠ تازیانه هم تعزیر است؛ چون غیر از حد است. به عبارت بهتر اگر دون به معنای غیر باشد لازم می‌آید حاکم بتواند به عنوان تعزیر بیش از مقدار حد تازیانه بزند و فقط باید متفاوت باشد. مگر اینکه بگوییم حاکم اگر خواست تازیانه بزند باید کمتر از حد مجازات کند ولی اگر خواست مجازات دیگر اعمال کند دیگر کمتر بودن ملاک نیست بلکه غیریت ملاک است. اما این حرف مستلزم استعمال لفظ (در استعمال واحد) در دو معنی است؛ معنای کمتر در مورد تازیانه و معنای غیر در سایر مصادیق. و مشهور استحاله چنین استعمالی است.

ج: اما آخرین دلیل عباراتی مثل «ذلک إلی الإمام»، «علی قدر ما یری الوالی» و «یعاقبه الامام علی

قدر ما یری من جرمه» است که صریحاً می‌گوید تعزیر به امام واگذار شده است. بـه نظـر می‌رسـد قاعـده «التعزیر بما یراه الحاکم» هم مأخوذ از همین روایات است. بنابر این با بررسی میزان دلالـت ایـن روایـات می‌توان میزان دلالت این قاعد را نیز فهمید.

– **روایت اول:** و فی القوی کالصحیح، عن حماد بن عثمان قال: قلت لأبي عبد اللـه ع کـم التعزیـر فقال دون الحد قال قلت دون ثمانین قال فقال لا و لکن دون الأربعین فإنه حد المملوك قال قلت و کم ذلك قال قال علی قدر ما یری الوالي من ذنب الرجل و قوة بدنه.(مجلسی اول، ۱۰/ ۱۰۹).

– **روایت دوم:** عن سماعة قال: سألته عن شهود الزور قال فقال یجلدون حداً لیس لـه وقـت و ذلـک إلی الإمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الناس

– **روایت سوم:** قال جعفر بن محمد ع و أمر المحارب و هو الذی یقطع الطریـق و یسـلب النـاس و یغیر علی أموالهم و من کان فی مثل هذه الحال فالأمر فیه إلی الإمام فإن شاء قتل و إن شاء صلب و إن شـاء قطع و إن شاء نفی و یعاقبه الإمام علی قدر ما یری من جرمه (ابن حیون، ۲/ ۴۷۷).

– **روایت چهارم:** قال: قلت لأبي جعفر ع عشرة قتلوا رجـلا قـال إن شـاء أولیـاؤه قتلـوهم جمیعـاً و غرموا تسع دیات و إن شاءوا أن یتخیروا رجلا فیقتلوه قتلوه و أدی التسعة الباقون إلـی أهـل المقتـول الأخیـر عشر الدیة کل رجل منهم قال ثم إن الوالي یلي أدبهم و حبسهم(کلینی، ۷/ ۲۸۳).

سه روایت اول با همان مشکل مذکور در موارد قبل روبـرو اسـت. یعنـی اختیـار حـاکم در مرحلـه‌ای متأخر از بیان نوع مجازات بیان شده است و لذا اختیار حاکم شامل تعیین نوع حکم نمی‌شـود. مضـاف بـر این روایت سوم در رابطه با حدود است و تعمیم آن به تعزیرات مستلزم قیاس است.

اما در روایت چهارم از لفظ ادب استفاده شده و بر آن همان اشکالاتی وارد اسـت کـه پـیش از ایـن در بررسی روایت قسم دوم (ادله عام) ذیل مبحث تأدیب بیان شد. در مورد لفظ حبس مـذکور در ایـن روایـت بعد از این نکاتی خواهد آمد.

۳. بررسی ادله غیر لفظی

اما گروهی دیگر از ادله نه به طور خاص و نه به طور عام دلالت بر اعم بودن تعزیـر از شـلاق ندارنـد؛ بلکه لازمه صدور آن‌ها از معصوم عمومیت مفهوم تعزیر است. در بررسی روایات و قضـاوت‌های صـورت گرفته توسط ائمه علیهم السلام مواردی دیده می‌شود که نه از جنس حدود است و نه از جنس تازیانه. حـال این سؤال مطرح می‌شود که این موارد اگر تعزیر نیست پس چیست؟ و اگر بگوییم از باب تعزیر است مدعا ثابت می‌شود (محقق داماد، ٤/ ۲۱۹). توضیح بیشتر آنکه این مـوارد مسـتقیماً دلالـت بـر اعمیـت تعزیـر

نمی‌کند بلکه باید جداگانه اثبات نمود این‌ها قضیه‌ای در مورد خاص نبوده بلکه از باب تعزیر بوده است که البته اثبات چنین چیزی دشوار است.

موارد زندان در اسلام

در احکام اسلام در موارد متعددی زندان دیده می‌شود. لکن آنچه مناسب این بحث و موضوع است مواردی است که تعزیری بودن آن معلوم باشد. اما موارد مسلم زندان در اسلام به چهار قسم تقسیم می‌شود:

قسم اول زندان حدی است. نظیر حکم حبس ابد برای سرقت در دفعه سوم. چنین مواردی تخصصا از محل نزاع خارج است.

قسم دوم اصلاً از باب مجازات نیست بلکه نوعی نگهداشتن موقت برای اعاده حقوق است. بازداشت گاهی با هدف نگه داشتن مجرم تا اجرای حکم است که در اینجا معلوم است چنین حبسی مجازات نیست بلکه از مقدمات مجازات است. و گاهی نگه داشتن متهم قبل از ثبوت حکم است. در اینجا نیز چون جرمی ثابت نیست امکان ندارد از باب تعزیر و تأدیب باشد، بکله صرفاً یک احتیاط عقلی و شرعی برای فرار نکردن متهم و ضایع نشدن حقوق است. موارد متعددی از بازداشت در اسلام دیده می‌شود. مثل حبس متهم به قتل و همچنین حکم قرآن به حبس شاهدان غیر مسلمان وصیت، در صورت علم ورثه به کذب یا تردیدشان به صحت ادعای آنان (مائده: ۱۰٦). چنین حبسی معمولاً زندان نامیده نمی‌شود و با عنوان بازداشت ذکر می‌شود. و همان طور که برخی از فقها هم گفته‌اند لفظ «حبس» ظهور در بازداشت و لفظ «سجن» ظهور در زندان به عنوان مجازات دارد (صافی، ٥٥).

قسم سوم نه حد است و نه بازداشت، بلکه اهرم فشاری است برای اجبار شخص به کاری که حاضر به انجام آن نیست. مثل شخص ثروتمندی که دین دیگری ادا نمی‌کند. یا فردی که حاضر به آزاد کردن عبد خود نیست (در صورت وجوب عتق) حبس می‌شود تا عبدش را آزاد کند (کلینی، ٦/ ۱۳۳). در واقع این کار اجبار است و بی‌تردید اجبار غیر از مجازات است و قطعاً اگر مجازات بود حاکم حق داشت بعد از ادای دین هم او را نگه دارد.

قسم چهارم زندان تأدیبی و کوتاه مدت است. مثلاً درباره شاهد زور نقل شده حضرت امیرالمؤمنین (ع) پس از تعزیر و گرداندن مجرم در شهر او را چند روز زندانی می‌کرد (طوسی، تهذیب الاحکام، ٦/ ۲۸۰). همانطورکه قبلاً درباره تفاوت تأدیب با تعزیر به تفصیل توضیح دادیم چنین زندانی نیز نمی‌تواند از مصادیق تعزیر باشد.

اما در موارد دیگری دیده می‌شود که معصومین حکم به زندان نموده‌اند و ذکری از زمان زندان نشده

است. برخی تلاش کرده‌اند اثبات کنند این موارد از باب تعزیر است.

به لحاظ ضرورت رعایت اختصار امکان ذکر این موارد نیست و صرفاً به گزارشی از آن اکتفا می‌شود. این روایات در رابطه با دزدی علنی (الدغارة المعلنة) (کلینی، ۷/ ۲۲۵)، نبش قبر (ابن حیون، ۲/ ٤٧٦)، دزدی که قبل از اخراج از حرز دستگیر شده (ابن حیون، ۲/ ٤٧٣)، قتل عبد، قتل فردی توسط چندین قاتل (کلینی، ۷/ ۲۸۳) و همچنین در مورد علمای فاسق و طبیبان جاهل (ابن‌بابویه، ۳/ ۳۱) است.

اما استدلال به این روایات پس از اثبات صدور آن، متقوم به سه رکن است:

اولاً اینکه احراز شود این موارد از سنخ این چهار قسم مذکور در اینجا نیست و به عبارات بهتر این موارد از باب تعزیر است نه از باب حد، بازداشت، اهرم فشار و یا زندان کوتاه مدت تأدیبی.

ثانیاً حکم زندان مذکور در روایات، اختصاصی به این چند موضوع نداشته باشد، بلکه بتوان با الغای خصوصیت حکم را تعمیم داد و در نتیجه قاضی حق داشته باشد در سایر موضوعات نیز به زندان حکم نماید. و الا باید بگوییم قاضی حق اعمال مجازات زندان را ندارد مگر در همین موارد.

ثالثاً قاضی در اجرای این احکام مختار باشد؛ چراکه اگر قاضی ملزم به اجرای زندان در این موارد باشد در این صورت چنین زندانی با ماهیت تعزیر که عنصر اختیار و نظر حاکم (وصف بما یراه الحاکم) در آن دخیل است منافات دارد.

حال آنکه هیچکدام از این ارکان متحقق نیست. زیرا:

بر خلاف رکن اول ممکن است این روایات از آن چهار قسم مذکور باشد. چراکه میزان زندان در این روایات چندان معلوم نیست و چه بسا از قسم چهارم یعنی زندان کوتاه مدت و تأدیبی باشد.

بر خلاف رکن دوم، روایات مذکور به غیر از یک روایت (که آن هم مرسل بوده) و در مورد علمای فاسق و اطبای جاهل است، مابقی در رابطه با سرقت و قتل است. و انصافاً این دو موضوع از ویژگی‌های خاص و منحصر به فردی برخوردار هست که آثار این خصوصیات در تمایز مجازات آن‌ها با سایر جرائم پیدا است. خصوصاً اینکه تنها روایت صحیح در این میان، در مورد مشارکت در قتل است و ویژگی خاص این موضوع بر کسی پوشیده نیست. از این رو نمی‌توان این موارد را به مواضع دیگر تعمیم داد.

رکن سوم نیز محقق نیست زیرا از این ادله چنین برنمی‌آید که اگر قاضی تشخیص داد زندان می‌کند و اگر تشخیص نداد مجازات دیگری اعمال می‌کند، بلکه مجازات زندان متعین و مفروض است و جایی برای اختیار حاکم نمی‌ماند تا وصف ما یراه الحاکم محقق گردد.

اما صرف نظر از موارد مذکور، صدور این روایات از معصوم کاملاً محل تردید است. زیرا اولاً به جز یک مورد مابقی ضعیف السند هستند. ثانیاً این روایات، هم خلاف فتواوی امامیه است و هم غالباً موافق

عامه‌اند. (طبسی، ۷۷، ۹۱، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۳۲، ۲۱۲) علاوه بر این تنها روایت صحیح، در رابطه با مشارکت چند نفر در قتل یک نفر است. در این مورد هم حتی اگر اعراض فقها را موجب ضعف سند ندانیم، هیچ دلیلی بر الغای خصوصیت در مورد آن نداریم و لاجرم باید به مورد نص اکتفا کنیم.

اقامه دلیل بر عدم گستردگی اختیارات حاکم

از مهم‌ترین اهداف ارسال رسولان برپایی عدل و داد است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «ما پیامبرانمان را با دلیل‌های روشن فرستادیم و با آن‌ها کتاب و ترازو، را نیز نازل کردیم تا مردم به عدالت قیام کنند...»(حدید: ۲۵). و طبیعتاً بدون وجود احکام دقیق و جامع اقامه قسط امکان ندارد. در روایات متعدد از جانب ائمه اطهار بیان شده است که خداوند برای هرچیزی حد و اندازه‌ای معین کرده است و برای کسانی که از این حدود تجاوز کنند مجازات خاصی معین نموده است:

– عن أبی عبد الله ع قال قال النبی ص لسعد بن عبادة إن الله جعل لکل شیء حداً و جعل علی کل من تعدی حداً من حدود الله عز و جل حداً (کلینی، ۷/ ۱۷۴).

در برخی از این روایات امام مسائل جزئی اشاره می‌نماید و می‌فرماید این مسائل هم حدی دارد حتی در برخی از روایات امام تأکید می‌کنند زمان اجرای حد هم حدی دارد. چنین روایاتی مقتضی این است که اسلام همه مسائل را خود به خوبی مشخص کند. طبق این روایات نه تنها انواع جرائم مشخص است بلکه نوع و میزان جزا هم مشخص است.

اما طبق نظریه‌ای که قائل به اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات است و حتی چناچه برخی گفته‌اند جرم بودن جرم هم منوط به قانونی بودن و تأیید حاکم است (محقق داماد، ٤/ ٢٤٤) عملاً شارع حد و مرز چندانی مشخص نکرده و اگر کرده در غالب موارد مجازاتی برای آن تعیین نکرده است. مراجعه به دعاوی و مجازات‌های متداول در دستگاه قضایی بیانگر این است که درصد ناچیزی از آن‌ها مربوط به حدود است. حال اگر تعزیرات را به آنچه در شرع نامعین است تفسیر کنیم در مقام عمل کثیری از احکام نامعین است و این خلاف تصریح روایات متعدد است. اما اگر بگوییم تعزیر هم مانند حد، مجازاتی شارع است و تنها در کمیت آن اختیاراتی به حاکم داده شده است، هرگز با چنین مشکلی روبرو نمی‌شویم. خصوصاً اینکه در برخی از روایات تاکید شده است که مراد از بما یراه الامام تفویض نیست، بلکه باید حکم خدا را اجرا کند.

انحصار یا عدم انحصار تعزیر در تازیانه

حتی در صورتی که فرض کنیم تعزیر به معنای مطلق تأدیب است و حاکم هم حق تعیین نوع تعزیر را دارد، مسلماً اختیار حاکم به معنی بی قید و شرط بودن نیست. به عبارت بهتر حتی با فرض سعه اختیارات

حاکم، او حق ندارد هر مجازاتی را اعمال کند ولو اینکه خلاف شرع بین باشد. علامه‌حلی در این رابطه پس از بیان اینکه تعزیر اعم از ضرب است و شامل حبس و توبیخ و امثال آن‌ها نیز می‌شود می‌گوید: «و لیس فیه قطع شیء منه، و لا جرحه، و لا أخذ ما له» یعنی حاکم حق ندارد عضوی از مجرم را قطع کند یا او را مجروح کند یا از اول مالی اخذ کند (علامه حلی، ۵/ ۳٤۹) هرچند ممکن است مصادیق مذکور در اینجا اختلافی باشد.

بنابراین باید بپذیریم که فی‌الجمله یک قیود و شروطی از شرع برای اعمال مجازات معین شده است. لکن چه چیزی در این مقام تعیین کننده شرعیت یا عدم شرعیت یک مجازات خاص است؟ به نظر می‌رسد برای یافتن این پاسخ باید ابتدا در قواعد کلی باب تعزیر و سپس سایر قواعد فقهی جستجو و آن را با مجازات مورد نظر تطبیق داد تا نظر شرع در رابطه با آن مجازات خاص معلوم شود. اما در این مقام امکان بررسی همه قیود و شروط نیست و صرفاً به بررسی حکم زندان -و تطابق یا عدم تطابق آن با قواعد باب تعزیر و سایر قواعد فقهی- اکتفا می‌شود.

۱. التعزیر ما دون الحد

همانگونه که پیش از این نیز گفته شد در روایات متعدد گفته شده است که تعزیر «دون الحد» است. غالب فقها دون را به معنای ظرف در مقابل فوق ترجمه نموده‌اند و برخی هم به غیر معنی کرده‌اند. پیش از این در «بررسی ادله لفظی» به تفصیل اشکالات ترجمه «دون» به غیر بیان شد. بنابراین تعزیر باید کمتر از حد باشد. این کمتر بودن در تازیانه مشخص است ولی در سایر مجازات‌ها ملاک کمتری چیست؟ ممکن است بگوییم چون امکان مقایسه دقیق مجازات‌های مثل زندان با حدود نیست باید احتیاطاً به غیر از تازیانه مجازات نکنیم. یا اینکه بگوییم ملاک سنجش کمتر بودن عرف است و عرف باید بگوید چنین مجازاتی تقدیراً از ۷۵ ضربه شلاق کمتر است. که صعوبت اثبات و تحصیل نظر عرف در این مورد واضح است. و راه سوم آن است که بگوییم برخی گفته‌اند نفی بلد که نوعی حد است یک سال زندان است و زندان تعزیری باید کمتر از یک سال باشد (در حالی که با ادنی تأملی واضح است که نه عرف این را حبس می‌داند نه شرع). لکن اولاً این نظر تنها مشکل زندان را حل می‌کند و در انواع دیگر مثل مجازات مالی باید به دو روش قبل پناه برد و ثانیاً در تازیانه، حدود مختلف داریم و کمترین میزان آن (برای حر) ۷۵ ضربه است. آیا یک سال زندان هم کمترین میزان زندان حدی است؟

در هر صورت بعید به نظر می‌رسد هیچ عرفی زندان بیش از یک سال را کمتر و راحت‌تر از ۷۵ ضربه شلاق بداند و با این تفسیر هیچ جایی برای زندان طولانی مدت نمی‌ماند.

حتی در صورتی که معتقد باشیم «دون الحد» یعنی غیر الحد باز هم نمی‌توان قائل به اختیار تام حاکم شد. چون مسلماً اگر حاکم تازیانه را انتخاب کند باید میزان تازیانه کمتر از میزان حد باشد. یعنی در عمل غیریت این مورد نتیجه همان کمتر بودن را دارد. حال باید پرسید چه فرقی میان شلاق و غیر آن است که در شلاق حاکم نباید از یک حد خاص بیشتر مجازات کند ولی در سایر مجازات‌ها هیچ مرزی وجود ندارد؟ اگر شارع فرموده مجازات تعزیرات باید کمتر از مجازات حدود باشد بی‌تردید ناشی از ویژگی خاص جرائم مربوط به این دو است که فاعل برخی از گناهان را لایق مجازات کمتری می‌دانسته است ولذا گفته است فاعل این گناهان باید کمتر از مقدار حد مجازات شود. به عبارت بهتر قطعاً این کمتر بودن مجازات ناشی از ویژگی خاص گناه است نه ویژگی خاص تازیانه. و گناه در هر حال یکسان است، پس در هرصورت باید مجازات تعزیری کمتر از مجازات حدی باشد؛ چه مجازات از سنخ ضرب باشد چه از سنخ ضرب نباشد.

۲. قاعده نفی وزر

یکی از قواعد مسلم فقهی قاعده نفی وزر است. این قاعده برگرفته از آیه «و لا تزر وازرة وزر أخری...» (فاطر: ۱۸) است. طبق این قاعد نباید هیچ فردی را به خاطر جرم دیگری مؤاخذه نمود. بنابراین اگر مجازات شخصی مسلتزم مجازات دیگری باشد این مجازات خلاف عقل و شرع خواهد بود. مگر مواردی که دلیل خاص از جانب شرع بر آن اقامه شده باشد مثل دیه قتل خطای محض که بر عهده عاقله است. البته طبیعی است که آثار بسیاری از مجازات‌ها به اطرافیان مجرم از قبیل عائله و سائر ارحام وی نیز سرایت می‌کند (مثل سرایت آثار قصاص نفس به اولاد) لکن در همچو مواضعی دلیل قطعی بر تخصیص قاعده نفی وزر وجود دارد، همانطور که قاعده نفی حرج در مواضعی چون جهاد و نهی از منکر تخصیص زده شده است. لکن در موضوع مورد بحث با کدام دلیل قطعی یا حجتی این قاعده نقض می‌گردد؟

تحقیقات علمی جدید بیانگر اثرات بسیار مخرب زندان بر خانواده است. برخی از پژوهش‌های علمی بیانگر آن است که زنانی که همسرانشان مجازات زندان را تحمل می‌کنند بهداشت روان آن‌ها درزمان مجازات حبس همسر در ابعاد مختلف به شدت کاهش یافته است. بنابراین، با توجه به هزینه‌های سنگینی که زنان در ابعاد مختلف بهداشت روان در مدت زمان محکومیت همسرانشان می‌بایست پرداخت نمایند، مجازات زندان بیش از آن که مجازات خود زندانیان باشد، مجازات زنان آن‌ها است (احمدی و نیک‌پور قنواتی، ۱۳۸۹). دانشمندان علوم اجتماعی از تأثیر سوء زندانی شدن سرپرست بر خانواده به عنوان نوعی از بحران خانوادگی، تضعیف روحیه و قربانی شدن کودکان یاد کرده‌اند. میانگین عملکرد تحصیلی دانش‌آموزان قبل از دستگیری والدینشان برابر ۹۱/٦۱ است و در طول حبس به ٤۹/٤۱ کاهش یافته است (معروفی، ۱۳۸٤). نه تنها تحقیقات علمی بلکه حتی مشاهدات عرف عام گواه آن است که زندانی شدن

افراد موجب تضییع حقوق مادی و معنوی اعضای خانواده و بدتر از آن موجب تزلزل و حتی نـابودی بینـان خانواده می‌گردد.

همه این موارد مصادیقی از مجازات افراد بی‌گناه و بر خلاف قاعده وزر است. بنابراین تنها در صـورتی می‌توان به زندان تعزیری حکم نمود که مستلزم چنین توالی فاسدی نباشد. مثـل زنـدان‌های کوتـاه مـدت و چند روزه که در مباحث قبل مطرح شد.

از این گذشته مطابق شریعت اسلامی هر فرد (خصوصاً سرپرست خـانواده) موظـف بـه ادای حقـوقی نسبت به خانواده خود می‌باشد که کمترین آن نفقه است. زندان از یک سو خلاف قاعده نفی وزر و از سوی دیگر اجبار شخص به ترک واجبات متعدد است که قطعاً اگر چنین کاری از غیر حاکم صادر می‌شـد خـود حاکم او را به سختی عقاب می‌کرد.

ممکن است گفته شود در این جا دلیل خاص بر جواز زندان اقامه شده است و آن ادله‌ای است کـه دال بر اختیار حاکم در تعزیر است. لکن چنین استدلالی نظیر تمسک به عام در شبهات مصداقیه است. زیرا آن ادله در صورت صحت می‌گویند حاکم اختیار دارد هر نوع مجازات مشروعی را اعمـال کنـد و مـا در مقـام بحث از مشروعیت یک مجازات نمی‌توانیم به آن دلیل استناد کنیم.

مشکل عدم بازدارنگی تازیانه

آخرین اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود، مشکل عدم بازدارنگی مجازات شـلاق اسـت. بسـیاری از مجرمان بزرگ و حرفه‌ای که دلیلی بر حکم قتل آنان نیست، با شنیدن حکم تازیانه ترسی هم که از عقوبـت داشته‌اند می‌ریزد و در نتیجه بر ارتکاب جرم جری‌تر می‌شوند.

اما چنین اشکالی ناشی از اجرای ناقص احکام جزایی اسـلام اسـت. حـذف تنهـا یـک مـورد از یـک منظومه منسجم ممکن است به از کار افتادن کل مجموعه منتهی گردد.

در ابتدا باید یادآوری کرد ایـن تصـور کـه در صـدر اسـلام جـرائم سـاده بـوده اسـت ولـذا نیـازی بـه مجازات‌های سخت مثل زندان نبوده، کاملاً اشتباه است. زیرا منشأ خطاهای انسانی هوا و هوس و جهالـت است که منحصر به عصر خاصی نیست و نیز بررسی روایات بیانگر آن است که برخی از جرائم هرچند در نگاه عامیانه ساده به نظر می‌آید ولی ترک آن نزد شارع مقدس در غایت اهمیت اسـت. بـه عنـوان نمونـه در روایت صحیحی، امام صادق (ع) در مورد ربا می‌فرمایند: «درهم ربا أشـد مـن سـبعین زنیـة کلهـا بـذات محرم» (کلینی، ۵/ ۱٤٤) و این نشان دهنده شدت اهمیت این موضوع نزد شـارع مقـدس اسـت. و همـین قانون‌گذار در حل این موضوع راهی جز تازیانه انتخاب نکرده است.

لکن شارع مقدس برای اینکه فاعل کبیره با ضرب شلاق جری‌تر نگردد راهکار بسیار مهمی اندیشیده و آن حکم به قتل در مرتبه سوم است. طبق روایات متعدد فاعل کبیره در مرتبه سوم یا چهام کشته می‌شود. اینکه شخص مجرم پس از تعزیر خود را در دو قدمی مرگ ببیند خود بزرگ‌ترین عامل بازدارنده است. در این روش افراد، سال‌ها عمر خود را از دست رفته نمی‌بیند و در نتیجه کسی که به این روش تنبیه شده، هم انگیزه بیشتری برای جبران دارد و هم ترس بیشتری نسبت به تکرار. البته کارآمدی این روش منوط به تیز بینی قوای قضایی در یافتن جرائم و قاطعیت در اجرای احکام الهی است.

نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت معلوم می‌شود:

۱. تعزیر در روایات اهل بیت به معنای ضرب دون الحد کاربرد داشته و هر کجا مجازات دیگری غیر از تازیانه مد نظر بوده عیناً ذکر شده است.

۲. بررسی ادله روایی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» بیانگر آن است که در این قاعده آنچه در اختیار حاکم است تعیین تعداد تازیانه است چراکه در این روایات نوع مجازات مفروض است. یا اگر اطلاقی هم باشد با وجود مقیدات فراوان تمسک به چنین اطلاقاتی آسان نیست. مضاف بر این استناد به روایات برای اثبات شمولیت تعزیر مسلتزم مصادره به مطلوب است.

۳. مواردی از روایات و سیره اهل بیت که گفته شده لازمه آن اعمیت تعزیر از تازیانه است هیچکدام نمی‌تواند مدعا را اثبات کند. این موارد هم سندا محل خدشه است و هم دلالت آن بر محل نزاع معلوم نیست. بسیاری از آن‌ها نوعی مجازات کوچک است که اختصاصی به حاکم ندارد و حتی ولی یا مولا هم می‌توانند چنین مجازاتی را اعمال کنند.

۴. تعدادی از روایات اهل بیت علیهم السلام تأکید فراوان بر شمولیت احکام شرعی و حتی تعیین موارد جزئی توسط شارع دارد. در جای خود مفصلاً بیان شد که این روایات با نامعین بودن نوع مجازات تعزیری در تغایر است.

۵. حتی در صورت عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع، مجازات زندان با قواعد کلی باب تعزیر و برخی دیگر از قواعد فقهی مثل قاعده وزر در تضاد است.

۶. مشکل بازدارنگی کم تازیانه در اسلام با وضع مجازات شدید قتل برای مصر بر کبیره در دفعه سوم حل شده است.

منابع

ابن ابی‌شیبه، عبدالله بن محمد، ***الکتاب المصنف فی الأحادیث و الآثار***، ریاض: مکتبة الرشد، ۱۴۰۹ ق.

ابن حیون، نعمان بن محمد، ***دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضایا و الأحکام عن اهل بیت رسول الله علیه و علیهم افضل السلام***، قم: مؤسسة آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، بی‌تا.

ابن‌بابویه، محمد بن علی، ***من لا یحضره الفقیه***، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.

ابو الصلاح حلبی، تقی بن نجم، ***الکافی فی الفقه***، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علی (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.

احمدی، حبیب و لیلا نیک‌پور قنواتی، «تأثیر زندانی شدن محکومین به جرائم مواد مخدر بر وضعیت بهداشت روان زنان آن‌ها»، ***جامعه شناسی کاربردی، جلد ۱***، ش ۲۱، ۱۳۸۹.

بروجردی، حسین، ***جامع أحادیث الشیعة***، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.

پاکتچی، احمد و محمدصادق لبانی مطلق، «حدود و تعزیرات»، ***دائرة المعارف بزرگ اسلامی***، جلد ۲۰، ۱۳۶۷.

حاکم نیشابوری، محمدبن عبدالله، ***المستدرک علی الصحیحن***، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۱ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة***، قم: مؤسسة آل البیت لاحیاء التراث، بی‌تا.

خلیل بن احمد، ***کتاب العین***، قم: مؤسسه انتشارات هجرت، بی‌تا.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ***مفردات ألفاظ القرآن***، بیروت: دار الشامیة، بی‌تا.

شافعی، محمدبن ادریس، ***الأم***، بیروت: دار المعرفة، ۱۳۹۳.

شیبانی، محمد بن حسن، ***الجامع الصغیر و شرحه النافع الکبیر***، بیروت: عالم الکتب، ۱۴۰۶ ق.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.

صافی، لطف الله، ***التعزیر، احکامه و حدوده***، قم: دفتر معظم له، بی‌تا.

طبرانی، سلیمان بن أحمد، ***المعجم الأوسط***، قاهره: دار الحرمین، ۱۴۱۵ ق.

طبسی، نجم الدین، ***موارد السجن فی النصوص والفتاوی***، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۴.

طوسی، محمد بن حسن، ***الخلاف***، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.

ـــــــــــــــــــــــ، ***المبسوط فی فقه الامامیه***، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.

ـــــــــــــــــــــــ، ***تهذیب الاحکام***، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (طبع جدید)***، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۷۸.

علی بن موسی (ع)، امام هشتم، ***الفقه المنسوب إلی الإمام الرضا علیه السلام***، قم: موسسة آل البیت (علیهم السلام) لإحیاء التراث، بی‌تا.

کلینی، محمد بن یعقوب ***الکافی***، ویراسته ع. ا. غفاری، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

مالک بن انس، ***المدونة الکبری***، بیروت: دار صادر، بی‌تا.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، ***روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه***، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ***حدود و قصاص و دیات***، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

محقق داماد، مصطفی، ***قواعد فقه***، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.

مدنی، علیخان بن احمد، ***الطراز الأول و الکناز لما علیه من لغة العرب المعول***، مشهد مقدس: موسسة آل البیت (علیهم السلام) لإحیاء التراث، بی‌تا.

معروفی، یحیی، «بررسی تأثیر زندانی شدن والدین بر عملکرد تحصیلی فرزندان»، ***خانواده و پژوهش***، جلد ۱، ش ۲، ۱۳۸۴.

مفید، محمد بن محمد، ***المقنعة***، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.

مکارم شیرازی، ناصر، ***تعزیر و گستره آن***، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام)، بی‌تا.